



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.628 - SP (2017/0052191-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO
ADVOGADO : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO - SP286948
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE HONORATO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O *habeas corpus* é via inapropriada para afastar as conclusões das instâncias ordinárias em relação à prova da materialidade e a adequação típica da conduta – referente ao pleito de desclassificação para o crime de porte de droga para consumo pessoal –, uma vez que tal procedimento demanda a análise aprofundada do contexto fático-probatório.

3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP.

4. Não existem fundamentos idôneos que justifiquem a prisão processual do paciente. A alegação da necessidade de preservação da ordem pública, com fundamento na periculosidade do agente e na gravidade do delito, evidenciados indevidamente por elementos inerentes ao próprio tipo penal, configura nítido constrangimento ilegal, especialmente diante da pequena quantidade de droga apreendida e do fato de não haver nos autos notícias de envolvimento do paciente em outros delitos, sendo ele, a princípio, primário e com bons antecedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, ressalvada a aplicação de medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem definidas pelo Juiz de primeiro grau, observada a possibilidade de decretação de nova prisão, devidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada, desde que demonstrada concretamente sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.628 - SP (2017/0052191-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO
ADVOGADO : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO - SP286948
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE HONORATO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de FELIPE HONORATO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no HC n. 2250380-53.2016.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 14/9/2016, por ter supostamente praticado o delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de entorpecentes). Referida custódia foi convertida em prisão preventiva.

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, o qual denegou a ordem em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS - Tráfico de drogas - Prisão preventiva - Inteligência dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal - Requisitos objetivos e subjetivos verificados - Decisão do Juízo fundamentada - Liberdade provisória incabível - Ordem denegada (fl. 8).

No presente *writ*, sustenta que não teria sido comprovada a comercialização de drogas, afirmando que os entorpecentes apreendidos seriam para consumo próprio.

Alega ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP.

Apona que a imposição da custódia cautelar não estaria suficientemente justificada e pautada exclusivamente na gravidade abstrata do delito e na sua hediondez, alegando afronta ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Requer, em liminar e no mérito, a expedição de alvará de soltura.

Indeferido o pedido liminar (fls. 39/40), as informações foram devidamente prestadas (fls. 47/57 e 58/84).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de ofício (fls. 88/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.628 - SP (2017/0052191-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator): Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Preliminarmente, não há como conhecer a pretendida desclassificação para posse de entorpecentes para consumo pessoal. O *habeas corpus* é via inapropriada para afastar as conclusões das instâncias ordinárias em relação à prova da materialidade e autoria delitiva, uma vez que tal procedimento demanda a análise aprofundada do contexto fático-probatório. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. 1. TESE DE QUE AS DROGAS SE DESTINAVAM AO CONSUMO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. 2. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A tese de que os entorpecentes destinavam-se ao consumo próprio do paciente não pode ser examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, por pressupor revolvimento de fatos e provas, providência vedada no âmbito do writ.

[...]

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 388.090/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. INOCORRÊNCIA. QUANTIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NATUREZA DAS DROGAS E PASSAGENS POLICIAIS ANTERIORES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a medida constritiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

3. A via do habeas corpus, ação de índole constitucional marcada por cognição sumária e rito célere, não permite dilação probatória, motivo pelo qual não é adequada para apreciação de pleito absolutório ou de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de entorpecente fundado em insuficiência de provas.

4. Hipótese em que a prisão preventiva encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, consideradas a natureza e a razoável quantidade das drogas apreendidas (1,9g de cocaína, 2 pés de maconha e 32 selos de LSD), duas delas com alto poder viciante, e a existência de passagens policiais anteriores por outros crimes, persistindo ao menos uma ação penal em trâmite, circunstâncias que demonstram a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente.

5. Não merece guarida, em sede de habeas corpus, a discussão referente à ofensa ao princípio da proporcionalidade pela prisão preventiva, diante da possibilidade de fixação de regime prisional diverso do fechado na hipótese de condenação, pois não cabe ao impetrante presumir o regime de cumprimento da pena que poderá ser fixado quando do julgamento do feito.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 342.311/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016)

Quanto aos motivos da custódia, o Juízo de primeiro grau homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva do acusado sob os seguintes fundamentos:

Compulsando os autos, verifico ser necessária a conversão da prisão em flagrante da investigada em prisão preventiva.

Frise-se desde já que a nova redação do art. 282 do Código de Processo Penal prevê expressamente que as medidas cautelares devem observar sua necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, bem como ser ela adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indiciado ou acusado.

E no caso em exame, se porventura adveio diploma legal omitindo a vedação da concessão de liberdade provisória mesmo nas hipóteses de tráfico de entorpecentes, isto sempre estará adstrito à existência dos requisitos que autorizam uma prisão cautelar, sendo justamente o que se é no caso em tela

Trata-se de acusação de tráfico de entorpecentes, delito gravíssimo e que merece séria reprimenda, diante das consequências nefastas que causam à sociedade, seja com relação à saúde pública, onde se expõem pessoas inocentes a perderem sua integridade corporal diante do consumo de tóxicos ou então em razão das demais consequências à sociedade em geral, tal como o financiamento do crime organizado ou a prática desenfreada de delitos contra o patrimônio para a aquisição de tóxicos, bem como acusação de porte ilegal de arma de fogo, com numeração adulterada.

O investigado foi preso em flagrante, haja vista ter sido surpreendido, por Policiais Civis, que cumpriam mandado de busca e apreensão domiciliar deferida para averiguar seu envolvimento no tráfico de substâncias entorpecentes, sendo apreendido em sua posse uma porção única, de maconha, em forma de barra.

Logo, percebe-se a ofensa que causa à ordem pública a concessão de liberdade provisória para quem se vê acusado de tão grave delito.

Portanto, sendo regular a manutenção da prisão processual, justificável para garantia da ordem pública, inexistem motivos para sua revogação.

Anote-se ainda que a decretação da prisão preventiva é adequada à gravidade do crime de tráfico. (fl. 6).

A referida segregação antecipada foi mantida pelo Tribunal de origem, nos seguintes termos:

Com efeito, apesar dos argumentos lançados na impetração na presente hipótese concreta a configuração dos requisitos demonstrativos do cabimento da medida prisional está evidenciada, como demonstrado, inclusive, pela decisão do Juízo a quo, que proferiu, fundamentadamente. a r. decisão combatida (fls. 55/56):

[...]

Nítido, ademais, que a medida prisional não carece de fundamentos, sendo sobejamente sabido que na fase processual em apreço cabe que o magistrado se mantenha relativamente sucinto, reservando considerações extensas e aprofundadas para o momento do julgamento do feito.

Argumentam os impetrantes, outrossim, que o paciente é trabalhador, primário, tem residência fixa e bons antecedentes. Contudo, isto, por ora, não tem o condão de traduzir que o paciente apresenta "condições favoráveis" suficientes a ponto de ser colocado em liberdade. Isto sem falar na já mencionada necessidade de se preservar a ordem pública diante das peculiaridades de sua conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, além de tudo, tem-se que não foi produzida prova do exercício de ocupação lícita e residência fixa pelo paciente, uma vez que não há nos autos nenhum documento neste sentido, revelando, assim, que o acusado não tem como se manter sem delinquir.

A preservação da prisão preventiva, portanto, é necessária, já que a sua revogação, além de poder acarretar risco à ordem pública, também poderia prejudicar, ante a ausência de qualquer respaldo profissional ou duradouro comprovado que vincule o paciente ao distrito da culpa, a instrução criminal e a aplicação da lei penal. (fls. 12/14)

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento segundo o qual, considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição e manutenção quando evidenciado, de forma fundamentada em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do CPP.

Convém, ainda, ressaltar que, considerando os princípios da presunção da inocência e a excepcionalidade da prisão antecipada, a custódia cautelar somente deve persistir em casos em que não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, de que cuida o art. 319 do CPP.

No caso dos autos, conforme se tem da leitura do decreto preventivo e do acórdão impugnado, não foi indicado nenhum motivo concreto a fim de justificar a medida extrema, tendo as decisões se limitado a afirmar a necessidade de preservação da ordem pública, ressaltando tão somente gravidade do delito, evidenciada indevidamente por elementos inerentes ao próprio tipo penal.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que não resta configurada grande quantidade de droga, eis que apreendido cerca de 174 gramas de maconha, além de não haver nos autos notícias de envolvimento do paciente em outros delitos, sendo ele, a princípio, primário e com bons antecedentes.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO. DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prisão preventiva foi decretada com base em fundamentos genéricos relacionados à gravidade abstrata do crime de tráfico de drogas, sem a observância do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. Não foram apontados elementos concretos a justificar a segregação provisória.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para permitir ao paciente aguardar o julgamento do seu recurso de apelação em liberdade, mediante a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a critério do Juízo de primeiro grau (HC 347.641/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe de 29/03/2016).

PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA QUE MOSTRE A NECESSIDADE DO ENCARCERAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXISTÊNCIA.

1. Mostra-se evidenciado o constrangimento ilegal se a custódia cautelar do recorrente foi decretada com simples referência à ordem pública e afirmações genéricas acerca da gravidade abstrata do crime.

2. Sem a demonstração concreta da necessidade da medida, que é excepcional e só pode ser imposta mediante a indicação explícita da presença dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, não há como determinar a segregação cautelar.

3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva, sem prejuízo de que o Juízo de primeiro grau examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n. 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de nova decretação de prisão, caso demonstrada sua necessidade e desde que fundamentada (HC 322.981/SP, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 15/9/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTARES DO TIPO PENAL. PACIENTE PRIMÁRIO, PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No caso, a decisão singular não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente, limitando-se à referências às elementares do tipo penal e à gravidade abstrata do delito.

4. Condições subjetivas favoráveis, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado, na companhia de um corréu, na posse de 6,5g de cocaína e 56g de maconha, sendo adequada e proporcional a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para revogar o decreto prisional do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação preventiva por medidas cautelares diversas, à critério do juízo processante, sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada.

(HC 390.159/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/05/2017)

Assim, restando deficiente a fundamentação do decreto preventivo quanto aos pressupostos que autorizam a segregação antes do trânsito em julgado e demonstrando-se a inadequação e a desproporcionalidade no encarceramento do paciente, deve ser revogada, *in casu*, sua prisão preventiva.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração, concedendo a ordem, de ofício, para revogar o decreto de prisão preventiva em discussão, ressalvada, ainda, a possibilidade de decretação de nova prisão, se demonstrada concretamente sua necessidade, sem prejuízo da aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do art. 319 do CPP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0052191-5

HC 391.628 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00193485820168260320 01934858201682016826 1934858201682016826
193485820168260320 20170000093978 22503805320168260000

EM MESA

JULGADO: 13/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO
ADVOGADO : CLAUDINEI DONIZETE BERTOLO - SP286948
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE HONORATO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.